dürfe, durch den Satz, weil das Cessionsverbot nicht die Forderung, sondern nur die Cession betreffe, sieht fast aus wie eine petitio principii. Zum mindesten ist man jede weitere Begründung des Satzes, daß das Cessionsverbot nicht die Forderung betreffe, schuldig geblieben. Auch die weitere Argumentation gegen die doli exceptio leidet an dem Mangel, daß es ja durchaus nicht bewiesen ist, daß nur dann die exceptio doli auf den Cessionar übergehe, wenn dieselbe auf Entstehung der Forderung Einfluß hatte.

Ist das allgemeine Cessionsverbot auf die nachfolgende Cession unwirksam, so folgt daraus, daß auch specielle Cessionsverbote und Cessionsbeschränkungen keine rechtliche Wirksamkeit auf Weiterübertragung der Forderung auszuüben vermögen.

Ob das Cessionsverbot schon bei Errichtung der betreffenden Obligation selbst, oder nachher pactirt wurde, ist gleichgültig.

VII.

Zum Retentionsrechte.

Von Herrn Dr. **Karl Wilhelm Harder**
in Hamburg.

Die Lehre vom Retentionsrechte gehört unstreitig zu den streitigen sowohl in der reinen oder theoretischen, als auch in der angewandten oder praktischen Rechtswissenschaft, dem Gebiete der Rechtskunde. Man darf darüber sich nicht wundern. Denn das, was als Retentionsrecht bezeichnet wird, ist im Verkehre von der größten Bedeutung, und das Leben sträubt sich gegen den unnatürlichen Zwang, der ihm von dem Volksleben widerstrebendem Rechtsirrthum angethan werden soll. Die gemeine Meinung der Rechtsgelehrten geht dahin, nur der Faustpfandgläubiger dürfe auch wegen nicht connexer Forderungen das Faustpfand zurückhalten, und finde die Ausübung

des Retentionsrechtes sonst nur wegen connexer Forderungen statt. Die Zurückführung des Retentionsrechtes abseiten neuerer Rechtslehrer mit Savigny auf eine doli exceptio ändert an der gemeinen Meinung nichts, wie nachstehend gezeigt werden soll.

Unter den neueren Monographien behandeln die von Schenck (Die Lehre von dem Retentionsrechte nach gemeinen Rechten, Jena 1837), von Gustav Lenz (Artikel: „Retentionsrecht" in Weiske's bekanntem Rechtslexikon) den Gegenstand mit gründlicher Ausführlichkeit, diejenige von H. C. Groskopff (Zur Lehre vom Retentionsrechte, Oldenburg 1858) in schärffster und treuester Auffassung nach Römischem Rechte, während die schülerhafte Arbeit von Carl Luden (Das Retentionsrecht, Leipzig 1839) wegen ihrer Oberflächlichkeit und Unklarheit gar keine Beachtung verdient.

Es ist seitdem ein Aufsatz von Franck (jetzt in Lübeck) in Siebenhaar's Archiv für Deutsches Wechselrecht Bd. XIII. S. 225 über das Retentionsrecht des Spediteurs erschienen, in welchem der Verfasser zuerst über das Retentionsrecht im Allgemeinen sich verbreitet. Der Herr Verfasser will auch nach Römischem Rechte für das Retentionsrecht die pfandrechtlichen Grundsätze angewendet wissen und tadelt Groskopff's Erörterung. In beiden Stücken hat Franck Unrecht. Nachstehend soll auf seine Irrthümer näher eingegangen und sodann gezeigt werden, daß das Retentionsrecht, wie nach Groskopff's Darstellung es im Römischen Rechte uns sich zeigt, nicht dasjenige Einbehaltungsrecht ist, welches täglich im Verkehre angewendet wird, daß dieses vielmehr auf das Deutsche Selbstpfändungsrecht zurückzuführen ist. Von unserer Betrachtung sind alle diejenigen Fälle, als unter das sogenannte Retentionsrecht nicht gehörig, ausgeschlossen, in welchen ein Gegenanspruch stattfindet, der mit einer actio contraria verfolgt werden kann, oder dem die exceptio non adimpleti contractus Geltung verschafft.

Franck a. a. O. sagt S. 229: „Der Unterschied des Faustpfandrechts und des Retentionsrechts liegt darin, daß bei ersterem der Gläubiger das Pfand in Folge einer ausdrücklichen oder still-

schweigend vorausgesetzten Uebereinkunft zwischen ihm und dem Schuldner als Pfand inne hat, während bei dem Retentionsrechte der Gläubiger in Folge irgend eines Umstandes, doch nicht mala fide, in den Besitz der zu retinirenden Sache gekommen ist und sie nun festhält, ohne Rücksicht auf und in der Regel wider den Willen des Schuldners. Dieses ist der einzige innere Unterschied zwischen dem Retentionsrechte und dem Faustpfandrechte. Ein äußerer und wichtiger Unterschied besteht dann auch darin, daß in Folge der Seltenheit der Retention im Vergleiche zum Pfandgeschäfte die Lehre von ihr noch weniger entwickelt ist. Bei der großen Aehnlichkeit Beider erscheint es aber auch angemessen, auf die Lehren des Pfandrechtes eintretenden Falles besonders Rücksicht zu nehmen."

Vorstehende Aufstellungen von Franck sind ohne Zweifel irrig. Denn zunächst ist die Retention bei weitem häufiger, als das Faustpfandverhältniß. Das Zurückbehalten ist vielmehr von so großem praktischem Nutzen, daß wegen seiner täglichen Uebung die Theorie der Mühe sich überhoben gefühlt hat, darüber häufig nachzudenken. Sodann finden Franck's Aufstellungen in dem Römischen Rechte keine Begründung. Nach diesem Rechte bestehen zwischen dem Faustpfandrechte und dem Retentionsrechte ganz wesentliche Unterschiede. Denn

1) ist der Faustpfandgläubiger juristischer Besitzer, der seinen Besitz durch Interdicte schützen kann, während das einfache Retentionsrecht von jedem detentor ausgeübt werden kann;

2) hat der Faustpfandgläubiger ein dingliches Recht, während das Retentionsrecht nur ein persönliches Recht ist;

3) wird das Retentionsrecht nur excipiendo (replicando u. s. w.) geltend gemacht, während das Faustpfandrecht agendo und excipiendo geltend gemacht werden kann.

Auch die nachstehenden Behauptungen von Franck muß man als irrig bezeichnen, wenn er sagt:

A) das Retentionsrecht dürfe nur dem Eigenthümer gegenüber geltend gemacht werden. — Das Römische Recht erkennt dasselbe vielmehr überall da an, wo der Kläger dem Inhaber

der Sache gegenüber ein mit dieser verbundenes begründetes Forderungsrecht hat.

B) Dem malae fidei possessor stehe kein Retentionsrecht zu. — Wegen der nothwendigen Aufwendungen hat auch der malae fidei possessor das Retentionsrecht, wie in den von Groskopff a. a. O. citirten beiden Stellen ganz deutlich ausgesprochen ist, da beide Stellen in Uebereinstimmung mit der Natur der Sache dem malae fidei possessor den Ersatz der nothwendigen Aufwendungen zusprechen, und const. 5 Cod. de R. V. (III. 32) spricht nur von der unschädlichen Wegnahme der nützlichen Aufwendungen. Ueberdies ergibt sich das Retentionsrecht als eine Art der Geltendmachung der exceptio doli für den malae fidei possessor selbstverständlich aus dem ihm zustehenden Klagerechte, weil nach Römischen Rechtsbegriffen derjenige, welcher klagen darf, viel mehr noch befugt ist, sein Recht defensiv durch exceptio geltend zu machen, und weil im Gegentheile das blose Recht der Einrede nur als ein Nothbehelf gegenüber dem vollen Klagerechte angesehen wird. Das jus agendi ist das Plus; das jus excipiendi ist das Minus; wer auf das Plus ein Recht hat, der ist um so mehr zu dem Minus befugt.

Groskopff's Auffassung und Entwickelung ist im allgemeinen den Römischen Rechtsansichten völlig entsprechend, und der von Franck a. a. O. gegen ihn ausgesprochene Tadel erscheint in keiner Hinsicht gerechtfertigt.

Nach Groskopff's scharfsinniger Darlegung wird nach Römischem Rechte vermittelst des jus retentionis gar nichts Anderes geltend gemacht, als das mittelst der Aufwendungen in die fremde Sache übergegangene Eigenthum des retentor. Dieses Eigenthum ist von der fremden Sache nicht zu trennen; derjenige, welcher diese fordert, muß ihre Zurückhaltung durch den retentor sich so lange gefallen lassen, bis er durch Ersatz der Aufwendungen dessen Eigenthum daran ausgelöst hat. So lange der Kläger solche Auslösung nicht vornimmt, wird ihm die exceptio doli mit Recht entgegengesetzt, weil er zum Theile etwas fordert, was ihm nicht gehört. Hiernach wird es klar, warum auch dem malae fidei possessor die nothwendigen

Aufwendungen zu erstatten sind. Dem Kläger gebürt nicht mehr, als das Seine, also dasjenige, was nach Abzug der nothwendigen Aufwendungen übrig bleibt; will er diese mit dem Seinigen erlangen, dann hat er den retentor für sie zu entschädigen. — Zugleich ergibt sich nach der vorstehenden Ausführung mit unumstößlicher Nothwendigkeit, daß nach Römischem Rechte das Retentionsrecht zur Voraussetzung hat:

a) eine körperliche Sache, an der es ausgeübt wird,

b) Connexität der Gegenforderung mit dieser Sache.

Die letztere Voraussetzung wird allein beim Retentionsrechte des Faustpfandgläubigers nicht erfordert und zwar wegen singulärer Vergünstigung. Groskopff aber bestreitet mit Unrecht und im Widerspruche sowohl mit Thibaut, System des Pandektenrechts, 8. Ausgabe. §. 224, Mackeldey, Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts, 9. Ausg. §. 184, Puchta, Pandekten, 4. Aufl. §. 94, Seuffert, praktisches Pandektenrecht, 2. Aufl. §. 104, Keller, Pandekten, 2. Auflage von William Lewis. §. 92, Lenz in Weiske's Rechtslexikon s. v. „Retentionsrecht", als auch mit seiner eigenen vortrefflichen Ausführung das Erforderniß der Connexität nach Römischem Rechte.

Erwägt man nun, daß das Deutsche Rechtsleben das Zurückbehalten einer fremden Sache auch dann gestattet, wenn die Forderung des retentor an den Kläger mit der Sache selbst nichts zu thun hat, und daß auch ein Retentionsrecht an Forderungen mittelst Zurückbehalten der sie beweisenden Documente zulässig ist: so begreift sich leicht, daß man in Deutschland freier sich bewegt hat, als im alten Rom. An der in seinen Weren befindlichen Sache des Schuldners, oder auch an der durch diesen in seine Weren gelangten Sache hat der Gläubiger sich gepfändet. Wenn Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 15, S. 114 ff., das Retentionsrecht, welches übrigens er bereits auf eine exceptio doli zurückführt, als eine Selbsthülfe bezeichnet: so verdient er zwar, insofern solche Auffassung nach Römischem Rechte unzulässig erscheint, den ihm von Puchta a. a. O. ausgesprochenen Tadel; allein in seiner Auffassung spricht sich gerade eine dunkle Erinnerung an Deutsches

Rechtsleben aus, wonach das, was als Retentionsrecht bezeichnet wird, gar nichts Anderes ist, als eine Art des Selbstpfändungsrechtes. Gewiß mit Unrecht halten einige Germanisten dasselbe nur bei Eingriffen in die Rechte des Grundeigenthümers für zulässig. Man muß, um hier das Richtige zu treffen, unterscheiden zwischen der Wegnahme einer fremden Sache und dem Behalten einer fremden Sache zum Zwecke der Pfändung. Daß die erstere nur da noch stattfinde, wo das Recht eines Grundeigenthümers durch Eingriffe und Besitzstörungen verletzt wird, darüber ist kein Streit. Hier besteht aber die Pfändung in der Wegnahme einer fremden Sache, z. B. bei widerrechtlich ausgeübter Jagd wird die Schußwaffe weggenommen; A darf das Vieh des B wegnehmen, welches ohne Recht des B auf A's Grunde weidet oder sonst sein Grundeigenthum beschädigt; Pferde und Fuhrwerke derjenigen, welche widerrechtlich einen Privatweg benutzen, werden weggenommen, um daran sich zu pfänden. Die Ausdehnung dieses Pfändungsrechtes auf andere Schuldverhältnisse wurde von den Reichsgesetzen verboten, und darüber darf man sich nicht wundern. Den Reichsgesetzen lag bekanntlich die Absicht zu Grunde, dem überhand nehmenden Faustrechte zu wehren.

Die Vorstellungen von dem der Kampfesfähigkeit anhangenden Rechte, sich Geltung zu verschaffen, geriethen auf Irrwege und brachten den Schwachen und Unbemittelten in Gefahr, ein Raub der rohen Gewalt zu werden. Die Gestattung jener Ausdehnung würde nun dem Faustrechte nicht gewehrt, sondern dasselbe zur Herrschaft geführt haben, weil, abgesehen von der Zweifelhaftigkeit des Rechtes, die Wegnahme fremder Sachen zum Pfande meistens mit dem Eindringen in die Wohnung des Schuldners, also mit Verletzung seiner Weren und seines Hausfriedens, verbunden gewesen wäre, während in dem Falle des verletzten Grundeigenthums die Pfändung an Sachen des Schuldners vollzogen wurde, die in die Weren des Gläubigers von ihm gebracht worden.

Das Recht des Vermiethers, wegen nicht gezahlter Miethe an den Sachen des Miethers sich zu pfänden, ist auf dieses Deutsche Selbstpfändungsrecht und nicht auf Römische Rechts-

grundsätze zurückzuführen, wie sich aus den älteren Deutschen Stadtrechten unbestreitbar ergibt, z. B. Hamburg. Stadtrecht (Ordelbook) von 1270, I. 9, weßhalb da, wo eine gesunde Deutsche Praxis herrscht, der Hauswirth auch gar nicht genöthigt wird, unter die Güterverwaltung des Gemeinschuldners sich zu stellen, sondern nur Rechnung über das von ihm verwerthete Eigenthum des Miethers ablegt und den etwaigen Ueberschuß über seine Forderung auskehrt Man muß dieses so erklären: der Miether, welcher nach Beendigung der Miethzeit den Miethzins schuldig bleibt, hat einen Eingriff in das Eigenthumsrecht begangen durch widerrechtliche Benutzung der Wohnung; der Vermiether kann für den ihm daraus erwachsenden Schaden an den in seinen Weren (d. h. dem vermietheten Raume) befindlichen Sachen des Miethers sich erholen, wie dieses in den älteren Deutschen Stadtrechten ausdrücklich und klar ausgesprochen ist. Das Recht des Vermiethers geht in richtiger Durchführung der deutschrechtlichen Auffassung so weit, daß er selbst im Falle eines auf längere Zeit geschlossenen Miethvertrages bei dem Concurse des Gemeinschuldners sich zu betheiligen nicht nöthig hat, und es ist eine singuläre Inconsequenz, wenn die Hamburgische Neue Fallitenordnung in solchem Falle den curatoribus bonorum des Gemeinschuldners das Recht der Loskündigung des Miethvertrags zuspricht.

Wegen rückständiger hypothekarischer Zinsen und öffentlicher Abgaben von unbeweglichem Eigenthume kann der Gläubiger an den Nutzungen des betreffenden Grundstückes und eventualiter an diesem selbst sich pfänden. Meistens wird dieses Recht durch Arrestschlag auf die Miethe geltend gemacht, und dann ist die Sache gar nicht schwierig. Ist das aber nicht der Fall, dann muß man so sagen: die Hypothek gibt nach deutschrechtlicher Auffassung dem Gläubiger für Kapital und Zinsen ein Miteigenthum an dem Grundstücke; die öffentlichen Abgaben an unbeweglichem Eigenthum fließen aus dem Obereigenthumsrechte des Staates und der Gemeine; bei Zinsen und Abgaben der so eben näher bezeichneten Art nimmt also der Betheiligte aus den Nutzungen des Grundstückes nur das

Seinige. Hier hat mithin das Selbstpfändungsrecht gar nichts Auffallendes.

Anders ist die Sache allerdings da, wo man eine fremde Sache zurückhält, um daran sich zu pfänden, ohne daß die vorhin erörterten Voraussetzungen zutreffen. Schon oben haben wir bemerkt, daß durch die Reichsgesetze die eigenmächtige Wegnahme fremder Sachen zum Zwecke der Pfändung verboten ist, und daß sie in keinem geordneten Rechtsleben geduldet werden kann. Allein, wenn der Schuldner unmittelbar oder mittelbar seine Sache uns zugebracht hat, daß wir sie dann zur Deckung für unsere Forderung an ihn, diese mag mit der Sache connex sein, oder nicht, zurückhalten können, das halten wir nach Deutschen Rechtsgrundsätzen für entschieden zulässig. Das Römische Recht würde hier an allen Ecken Anstoß nehmen, weil man hier nicht, wie bei dem oben näher erörterten Römischen Retentionsrechte, davon ausgehen kann, daß bei nicht connexen Gegenforderungen der retentor sein Eigenthum zurückfordere, und weil man nach Römischem Rechte weder wegen eines incorporale ohne besonderen Verpflichtungsgrund ein corpus, noch überhaupt ein incorporale als Deckung zurückhalten dürfte. Allein ganz anders steht die Sache nach Deutschem Rechte. Hat der Schuldner sich gegenüber den Gläubiger in die Lage gebracht, daß er zu seinem Rechte sich selbst verhelfen kann, ohne daß er des Schuldners Were verletzt und ohne daß er dazu des Richters bedarf, dann kann der Gläubiger es thun. Hat der Schuldner (oder dessen Vertreter) seine Sache in die Were des Gläubigers gebracht, so kann er über seine Sache wider den Willen des Gläubigers nicht verfügen; er hat vielmehr diesem die factische Verfügung über die Sache übertragen. Der Gläubiger verhindert die Verfügung des Schuldners über die Sache, bis dieser ihm gerecht geworden; er zwingt ihn außergerichtlich dazu, wozu er gerichtlich angehalten werden kann, ohne daß er gewaltsam in seine Weren bringt. Bei der Pfändung durch den Richter entnimmt dieser den Weren des Schuldners einen zur Sicherheit des Gläubigers dienenden Gegenstand und überantwortet ihn den Weren des Gläubigers oder behält ihn für den Gläu-

biger in Gewahrsam. Der Richter pfändet für den Gläubiger, damit das Recht der Weren des Schuldners nicht eigenmächtig verletzt werde; der Gläubiger bedarf des Richters zur Ergreifung des ihn sichernden Gegenstandes nicht, sobald er diesen bereits in seinen Weren hat. Die durch den Richter abgepfändete Sache wird ganz in derselben Weise zur Deckung des Gläubigers verwendet, wie bei der Selbstpfändung. Der Gläubiger läßt sich auf den Concurs nicht ein; er darf aber auch nicht eigenmächtig über die Sache verfügen, er muß sie zum öffentlichen Verkaufe bringen und den Ueberschuß über seine Forderung ausliefern.

Für die Richtigkeit unserer Auffassung sind die Bestimmungen des Hamburgischen Rechtes, namentlich Art. 70 der neuen Fallitenordnung sub 4, sowie das bei Franck a. a. O. angeführte Lübische Raths-Attestat vom 1. September 1798, endlich eine ganz entschiedene Gerichtspraxis entscheidend, welche letztere abgepfändete Sachen nicht in das Concurs-Inventarium aufnimmt. Diese Gerichtspraxis verlangt für die Geltendmachung des sogenannten Retentionsrechtes weder Connexität der Gegenforderung, noch Körperlichkeit der Sache, und ist sie in Deutschland überhaupt verbreitet, aus welcher Verbreitung allein die mißlungenen Versuche sich erklären, aus dem Römischen Rechte abzuleiten, was Deutschen Rechtes ist. In Bezug auf unsere Behauptung, daß das sogenannte Retentionsrecht oder richtiger das Selbstpfändungsrecht auch an unkörperlichen Dingen ausgeübt werden könne, bemerken wir noch, daß hier freilich eine Ausdehnung des alten Rechtes ob identitatem rationis vorliegt; denn allerdings entspricht es dem einfachen, natürlichen Thatbestande, daß man zur Selbstpfändung einen körperlichen Gegenstand wählt. Solche Ausdehnung eines Rechtssatzes ist eigentlich nur eine seinem Sinne entsprechende Anwendung, und ist nur die Ausdehnung oder die vervielfältigte Anwendung singulärer Bestimmungen verboten. Dem Schuldner gegenüber ist derjenige, welcher ihn an der Verfügung über unkörperliche Dinge hindern kann, in ähnlicher Lage, wie der, welcher ihn an der Verfügung über eine körperliche Sache hindern kann, und daher erklärt sich beim Zu-

nehmen unkörperlicher Werthe im Verkehre die Ausdehnung der Selbstpfändung auf sie. Dieses ist wichtig z. B. bei der Verpfandung von Polizzen. Es genügt hierbei, um dem Gläubiger alle Vortheile des Selbstpfändungsrechtes zu sichern, wenn ohne ihn über die Polizze, oder vielmehr über die Rechte daraus, nicht verfügt werden kann; ob der Gläubiger die Polizze in Händen hat, oder nicht, ist völlig gleichgültig. Die Entscheidung des Oberappellationsgerichts zu Lübeck in der Hamburgischen Streitsache Müller gegen J. J. Blumenthal vom 30. Juni 1857 mit den für dieselbe angeführten Gründen ist hiernach irrig, und ist die richtige Auffassung des Retentionsrechtes in das allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch Art. 312 ff. übergegangen, so daß für den Deutschen Handelsverkehr glücklicher Weise hier kein Streit mehr sein kann. Allein für die Rechtsgebiete außerhalb des Handelsverkehrs ist die von uns erörterte Frage noch immer von Bedeutung. Daß auch hier die richtigen Grundsätze sich verbreiten, dazu mögen vorstehende Zeilen beitragen.

VIII.

Ueber die Rechtsmittel im ordentlichen Processe; Appellation, Oberappellation (Revision) und Nichtigkeitsbeschwerde.

Von Herrn Dr. C. Silberschlag,
Stadt- und Kreisgerichtsrath in Magdeburg.

Die Hannover'sche Proceß-Ordnung und in Uebereinstimmung mit ihr der Entwurf der Preußischen und der allgemeinen Deutschen bürgerlichen Proceß-Ordnung haben, ebenso wie das Rheinisch-Französische Proceß-Verfahren, den Grundsatz angenommen, daß gegen Erkenntnisse im ordentlichen Processe erster Instanz nur ein ordentliches Rechtsmittel, die Appellation, stattfinden soll; bei dieser wird der ganze Proceß noch einmal vor einem